



LUIZA MORAES DO CARMO

**NATUREZA DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE LESÃO
CORPORAL LEVE CONTRA A MULHER NO ÂMBITO
DOMÉSTICO E FAMILIAR**

BRASÍLIA

2010

LUIZA MORAES DO CARMO

**NATUREZA DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE LESÃO
CORPORAL LEVE CONTRA A MULHER NO ÂMBITO
DOMÉSTICO E FAMILIAR**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB

Orientador: Prof. George Lopes Leite

BRASÍLIA

2010

CARMO, Luiza Moraes do

Natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal leve contra a mulher no âmbito doméstico e familiar / Luiza Moraes do Carmo. Brasília: UniCEUB, 2010.

55 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof. George Lopes Leite

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter permitido a conclusão deste trabalho, sempre me iluminando e me guiando e ainda mais por ser meu conforto nas horas mais difíceis.

A minha família pelo total apoio e compreensão nos momentos em que eu não pude estar presente.

Aos meus amigos, e principalmente, as meninas da minha sala que me deram muito incentivo.

Ao querido George Leite pois sem sua competência e atenção esse trabalho não teria se concretizado.

“A violência contra as mulheres é talvez a mais vergonhosa entre todas as violações dos direitos humanos. Enquanto ela prosseguir, não poderemos dizer que progredimos efetivamente em direção à igualdade, ao desenvolvimento e à paz”.

Kofi Annan.

RESUMO

A Lei Maria da Penha busca dar tratamento adequado à violência doméstica e familiar contra a mulher. A partir de sua publicação foram geradas muitas controvérsias, principalmente no que diz respeito à natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal leve. Tendo em vista que o artigo 41 da Lei 11.340/2006 afasta a aplicação da Lei de Juizados Especiais, a qual prevê a ação penal pública condicionada à representação. Então o centro da questão é a interpretação quanto a esse afastamento, se ele é total ou se abrange apenas os institutos despenalizadores. Neste contexto, surge discussão quanto à possibilidade de retratação da ofendida. Busca-se colaborar para a solução de tal controvérsia. Para tanto, analisa-se as naturezas de ações penais existentes, o crime de lesão corporal leve no âmbito doméstico e familiar com uma exposição de diferentes entendimentos doutrinários, e por fim, uma apresentação de julgados, para assim, chegar a uma melhor conclusão acerca do problema.

PALAVRAS-CHAVE: ação penal privada, ação penal pública, afastamento da Lei dos Juizados Especiais, Lei n.º 11.340/2006, lesão corporal leve, natureza da ação penal, renúncia, representação, violência doméstica e familiar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 DA AÇÃO PENAL	10
1.1 Da ação penal pública	12
1.1.1 Da ação penal pública incondicionada.....	12
1.1.2 Princípios	13
1.2 Da ação penal pública condicionada à representação	14
1.2.1 Princípios	15
1.2.2 Da representação.....	15
1.2.3 Da retratação do ofendido.....	17
1.2.4 Da Decadência e da Retratação da retratação.....	18
1.2.5 Da requisição do Ministro da Justiça.....	19
1.3 Da Ação Penal Privada	20
1.3.1 Princípios	21
1.3.2 Da Renúncia, do perdão e da desistência ao direito de queixa	22
1.3.3 Da ação penal subsidiária da pública.....	23
2 DO CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR	25
2.1 Da inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais	28
2.2 Da natureza da ação penal no crime de lesão corporal leve contra a mulher no âmbito doméstico e familiar	30
2.3 Da renúncia e da retratação da representação.....	33
3 DA ANÁLISE DE JULGADOS.....	39
3.1 Pela Ação penal pública incondicionada.....	39
3.2 Pela ação penal pública condicionada à representação da vítima.....	41
3.3 Decisão do Recurso Repetitivo	46
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

No dia 07 de agosto de 2006 foi sancionada a Lei n. 11.340, que criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, visando, sobretudo, corrigir desigualdades entre homens e mulheres. Ela ficou conhecida como lei Maria da Penha, em razão desta mulher ter vivenciado violência doméstica e familiar praticada por seu marido. Este por duas vezes tentou assassiná-la, a primeira usou arma de fogo e a segunda tentativa foi por eletrocussão e afogamento, situações que desencadearam a vontade de Maria da Penha de lutar em busca de uma punibilidade para o agressor. O caso Maria da Penha teve repercussão em âmbito internacional e chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Cabe ressaltar que, dentre outros tratados, o Brasil é signatário do mais importante tratado internacional quanto à violência doméstica e familiar, a Convenção de Belém do Pará, que dispõe como violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público, como privado. O Brasil, ao validar a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, consagrou o respeito aos direitos humanos das mulheres como um novo modelo e criou a possibilidade de ações afirmativas como medidas a serem adotadas para acelerar o processo de igualdade entre homens e mulheres.

E com a vigência da lei permite-se que os números de processos sejam conhecidos. De acordo com dados recentes apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, em abril de 2009, quase três anos após a entrada em vigor da lei, apenas 2% dos processos concluídos pela Justiça resultaram em condenação dos agressores. Ainda conforme as estatísticas, foram 1.808 pessoas presas dentre 75.826 processos que já tiveram sentença. E há 150.532 processos em tramitação nos tribunais brasileiros, sendo que 41,9 mil geraram ações penais e 19,8 mil geraram ações cíveis. Percebe-se que a maior parte dos procedimentos são pedidos de proteção, que foram deferidos a quase 20 mil mulheres.

Com o estudo dos dados percebe-se que a mulher necessita de uma proteção especial, visto ser reconhecidamente mais vulnerável à violência. Deve-se ter em mente que

uma mulher ir à delegacia e registrar uma ocorrência não é tarefa simples, dado que o alto número de queixas registradas nas delegacias nos últimos anos indicam que as mulheres agredidas reconhecem nas delegacias e na Justiça um apoio. A queixa policial marca a passagem do problema do espaço privado para o público, mas nem por isso pode-se dizer que é uma tarefa fácil para as mulheres.

Então, a necessidade de se criar uma legislação, que verdadeiramente coibisse a violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista tanto na Constituição como nos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário, foi reforçada pelos dados que comprovam sua ocorrência no cotidiano da mulher brasileira.

Para análise deste trabalho deve-se entender a Lei n. 11.340/2006 como uma ação afirmativa em prol da mulher vítima de violência doméstica e familiar, cuja necessidade se afigurava urgente e significou avanço e significativas transformações no meio jurídico. Com o seu advento nasceram várias discussões doutrinárias, marcadas por divergências de opiniões, principalmente acerca da natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal leve praticados contra a mulher no ambiente doméstico e familiar, tema deste trabalho. Tendo em vista que o delito de lesão corporal leve contra as mulheres no âmbito doméstico ter sofrido um aumento da pena máxima e uma diminuição na pena mínima, punidos com detenção. Esta modificação gerou muitas discussões acerca da Lei, como, por exemplo, o foco deste trabalho, determinar qual a natureza da ação penal cabível nos casos de lesão corporal leve, um assunto polêmico e preocupante.

A partir da vigência da Lei uns entenderam que a Lei dos Juizados Especiais estava derogada na íntegra. E outros que compreenderam que foram afastados apenas os institutos despenalizadores.

Decorrente da discussão acerca da natureza penal, debate-se também sobre a inovação trazida pela Lei, qual seja, a vítima somente poderá renunciar que, na verdade, é retratar-se, da representação anteriormente oferecida, se o fizer antes do recebimento da denúncia, na presença do juiz e ouvido o Ministério Público, em audiência especialmente designada para esse fim.

O presente trabalho pretende estimular e contribuir para o debate existente com relação à natureza da ação penal cabível.

Para se chegar a uma solução mais adequada no meio jurídico, discorre-se um estudo acerca das naturezas de ações penais existentes no campo jurídico, quais sejam ação penal pública e suas subespécies e ação privada e suas variáveis, é de grande importância este estudo para melhor compreender certos institutos, como a representação, decadência entre outros. Posteriormente, um exame do crime de lesão corporal leve contra mulher no âmbito doméstico e familiar, incluindo a posição de diversos doutrinadores, com os diversos posicionamentos doutrinários divergentes, dando um enfoque especial a lesão corporal leve e a possibilidade de retratação. E por fim, a análise de dois casos relevantes decididos de forma diversa com as suas respectivas ementas e o estudo de um julgamento de um Recurso Repetitivo, para assim, chegar a uma conclusão mais apropriada do que deve ocorrer na atualidade.

Hoje, depois de mais de três anos de vigência da Lei, os resultados são perceptíveis.

Espera-se verdadeiramente que um dia esse cenário se transforme e o Brasil possa não mais necessitar da Lei n. 11.340/2006.

O presente trabalho é jurídico-dogmático, aborda os elementos internos do ordenamento jurídico. Cuida-se de um trabalho monodisciplinar, restringindo ao campo de aplicação do direito. Nele é feita uma análise de casos exemplares, os quais discutem a aplicação da Lei Maria da Penha. Então, a monografia é legal, jurisprudencial e doutrinária.

Trata-se de um trabalho de pesquisa bibliográfica, que também analisa julgados, artigos e livros que abordam o assunto.

1 DA AÇÃO PENAL

Como este trabalho trata da ação cabível no caso de lesão corporal leve no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, deve-se analisar, preliminarmente, as naturezas das ações existentes na esfera penal para poder concluir da melhor maneira possível acerca do que a Lei 11.340/2006 dispõe e o que na prática tem ocorrido.

No mundo jurídico existe a ação penal pública e a ação penal privada. Sendo que a primeira subdivide-se em ação penal pública incondicionada e em ação penal pública condicionada à representação. Já a segunda separa-se em ação penal exclusivamente privada e ação penal privada subsidiária da pública. No decorrer do trabalho estará detalhada cada uma.

Em um primeiro momento, entende-se por ação penal o direito de invocar o Poder Judiciário no sentido de aplicar o Direito Penal objetivo¹, Mirabete possui entendimento semelhante de que a ação penal é o direito de pedir ao Estado a aplicação do direito penal objetivo². O conceito de ação elaborado por Humberto Theodoro Júnior mostra-se bastante pertinente, qual seja:

Modernamente, prevalece a conceituação da ação como direito público subjetivo exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da tutela jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo à pretensão de quem o exerce. É, por isso, abstrato. E, ainda, autônomo, porque pode ser exercitado sem sequer relacionar-se com a existência de um direito subjetivo material, em casos como o da ação declaratória negativa. É, finalmente, instrumental, porque se refere sempre à decisão a uma pretensão ligada ao direito material (positiva ou negativa).³

Esse conceito acima transcrito engloba tanto as ações de natureza cível como as penais.

Quanto à natureza jurídica do direito de ação o entendimento majoritário da doutrina é que consiste num direito público, pois é um direito contra o Estado; é subjetivo,

¹ JESUS, Damásio de. **Direito penal – parte geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1, p. 657.

² MIRABETE, Julio Fabbrini, **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 736.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Forense, 2006, v. 1, p. 53.

uma vez que sempre que alguém pode exigir alguma coisa de outrem tem um direito subjetivo; autônomo, porque pode existir sem que o direito de ação se torne efetivo em juízo; abstrato, visto que preexiste a qualquer fato, ou seja, antes que exista qualquer fato existe o direito de ação; e por fim, indeterminado, por não estar ligado a qualquer acontecimento.⁴

O Estado possui o dever de garantir a Justiça, e como os particulares estão vedados de resolver esses conflitos, surgem a eles o direito de reclamar a aplicação de uma sanção em desfavor de quem não obedeceu a um preceito jurídico. Em razão dos particulares não poderem solucionar os conflitos privativamente é que está fundamentado o direito de ação⁵. Caso a norma penal não seja transgredida não há que se invocar tal direito, no entanto, verificada a violação da norma o direito de ação se concretiza, surge, assim, a pretensão punitiva. O Estado aplica a lei ao caso concreto, esse poder pertencente ao Estado não é incondicional ou ilimitado, pois não é realizado de forma arbitrária. Julio Fabbrini Mirabete diz que por o crime lesar direitos do indivíduo e da sociedade caberá ao Estado reprimi-lo com o exercício do *ius puniendi*.⁶

Para o mesmo autor acima citado, a consagração do princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* resta consagrado pelo fato de que o Estado proíbe o indivíduo de praticar atos ilícitos; mas também assegura ao cidadão que este só vai ser punido caso tenha violado algum preceito normativo. E essa pena a ser aplicada só pode ser determinada por meio de um devido processo legal. Ele, também, entende que a ação penal é apenas uma fase da persecução penal, que esta pode compreender outros procedimentos como Sindicância, investigações policiais, entre outros⁷. Mirabete leciona o seguinte acerca da limitação que o Estado possui quanto ao direito de punir:

O direito subjetivo de punir, entretanto, não é ilimitado, vinculando-se o Estado ao direito objetivo, tanto na imputação, circunscrita aos fatos típicos, como nas penas a serem aplicadas. Além disso, para exercitar o direito de

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116.

⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 1, p. 809.

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, v.1, 2002, p. 371.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral** 1, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 792.

punir é necessário que haja processo e julgamento, já que não pode o Estado impor, arbitrariamente a sanção.⁸

Rogério Greco, no Curso de Direito Penal, alinha as condições necessárias à existência de uma ação penal, ou seja, para que uma ação possa ser conhecida e julgada, será necessário que aquele que a invoca preencha algumas condições, caso não preenchidas não conseguirá atingir o seu objetivo. As condições necessárias ao pontual exercício do direito de ação de natureza penal são legitimidade das partes; interesse de agir; possibilidade jurídica do pedido; e justa causa.⁹

1.1 Da ação penal pública

Na esfera penal, a regra é que a ação será pública, a ação terá natureza diversa quando a lei for manifesta. Além disto, o direito de punir pertence exclusivamente ao Estado. Guilherme de Souza Nucci esclarece que o direito de ação é um direito individual em face ao princípio constitucional, expresso no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁰. Deste princípio decorre o entendimento de que ninguém poderá ser condenado sem uma sentença judicial. O efetivo início de uma ação penal dá-se com o recebimento pelo juiz da queixa ou da denúncia.¹¹

1.1.1 Da ação penal pública incondicionada

A ação penal pública é aquela cuja titularidade pertence ao Estado. Damásio de Jesus ensina que a ação penal pública incondicionada pode ser iniciada sem a manifestação de vontade de qualquer pessoa¹². Nesta, o Ministério Público que dá início à persecução penal por meio da denúncia, na qual deve estar presente a narrativa do fato criminoso, a identificação do acusado, a tipificação do crime e, se necessário, o rol de testemunhas.¹³

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, v.1, 2002, p. 371.

⁹ GRECO, Rogério. **Tratado de direito penal parte geral 1**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 792.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 475.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal parte geral 1**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 792.

¹² JESUS, Damásio de. **Direito penal – parte geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1, p. 659.

¹³ Ibidem, p. 661.

Recai sobre esta afirmativa a regra geral do artigo 100 do Código Penal, segundo ele, “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”. Além da iniciativa pertencer ao Ministério Público, qualquer pessoa poderá fornecer informações sobre o fato e a autoria, desde que indique o tempo, o lugar e os elementos de convicção, formando uma *notitia criminis*, que o artigo 27 do Código Processual Penal regula.

A ação penal pública incondicionada é a regra do Direito Penal, a publicidade da ação penal só vai ser afastada quando houver regra expressa quanto à modalidade cabível. No entendimento de Cezar Bitencourt basta que esteja caracterizado a prática do crime, ou se as autoridades policiais tiverem conhecimento da ocorrência de um crime de ação pública incondicionada, deverá, de ofício, determinar a instauração de inquérito policial.¹⁴

Nas lições de Luiz Regis Prado, a denúncia será oferecida pelo Ministério Público, este também possui a opção de requerer ao juiz o arquivamento do inquérito policial, cabendo ao magistrado acatar ou discordar. O Código Processual Penal elenca o que é necessário conter na denúncia. O Ministério Público também tem a liberdade de requerer, a qualquer funcionário ou autoridades, maiores esclarecimentos que julgue necessário. Se o juiz verificar estar ausente algum requisito ou alguma condição de procedibilidade a denúncia poderá ser rejeitada.¹⁵

1.1.2 Princípios

Segundo Nucci, o princípio que rege a existência desta natureza de ação penal é o princípio da obrigatoriedade¹⁶. Este enuncia que o oferecimento da ação penal é indispensável, entretanto deve atender dois requisitos: quando há provas suficientes para tal ato e quando não houver impedimentos para atuação do Ministério Público.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal parte geral 1**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 792.

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 1, p. 814.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 476.

Além do princípio da obrigatoriedade, Paulo Queiroz indica ainda o princípio da indisponibilidade, uma vez que é vedado a propositura de acordos, perdão, salvo as exceções devidamente tipificadas, assim como o princípio da indivisibilidade, consistente no fato da ação penal ter de ser proposta contra todos os autores conhecidos, não podendo haver privilégio de um em detrimento a outrem¹⁷. O mesmo autor prossegue que a autoridade policial deverá proceder à apuração do fato de ofício, uma vez que a ação pertence ao Ministério Público.¹⁸

1.1.3 Do prazo para oferecimento de denúncia

O Código Processual Penal, no artigo 46, *caput*, estabelece o prazo para oferecer a denúncia, qual seja: de cinco dias, se o acusado estiver preso, conta-se a partir da data do recebimento do Inquérito Policial pelo Ministério Público; e de quinze dias, se o indiciado encontrar-se solto ou afiançado.¹⁹

1.2 Da ação penal pública condicionada à representação

Em alguns casos a legislação pode exigir a vontade da vítima ou de seu representante legal para que o Ministério Público possa dar início a persecução penal, submetendo o oferecimento da denúncia a uma representação do ofendido ou do representante. Nessa representação simplesmente é declarada a vontade no sentido de que o Ministério Público possa apurar os fatos narrados. Além da representação, o ordenamento penal traz como condição de procedibilidade a requisição do Ministério da Justiça²⁰. Mirabete dispõe, em seu Manual de Direito Penal, acerca da ação penal pública condicionada à representação:

Pode a ação pública depender da representação que se constitui numa espécie de pedido-autorização em que a vítima, seu representante legal ou curador nomeado para a função expressam o desejo de que a ação seja instaurada. A representação é, assim, a manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal no sentido de autorizar o Ministério Público a

¹⁷ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal – parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 389.

¹⁸ *Ibidem*, p. 388.

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 110.

²⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009, v. 1, p. 696.

desencadear a persecução penal. É tida, pelos doutrinadores, como condição de procedibilidade.²¹

1.2.1 Princípios

Quanto aos princípios que abarcam as ações penais públicas, sejam elas incondicionadas ou condicionadas à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça, são o da obrigatoriedade ou legalidade; o da oficialidade; o da indisponibilidade; o da indivisibilidade; e o da intranscendência.

O princípio da oficialidade enuncia que as ações penais de iniciativa pública competem privativamente ao órgão oficial, no caso o Ministério Público. Já pelo princípio da indisponibilidade entende-se que o órgão oficial não pode desistir da ação penal por ele iniciada, sendo que essa vedação à desistência não significa que não poderá ao final do processo penal o pedido formulado na denúncia ser improcedente, ou seja, o titular da ação penal pública não pode dispor dela por critérios de conveniência ou oportunidade, nem desistir da ação já proposta ou de eventual recurso que tenha sido interposto.²²

Enquanto o princípio da indivisibilidade fixa que caso a infração penal tenha sido praticada em concurso de pessoas, todos os agentes, que tenham concorrido para a ocorrência, devem receber o mesmo tratamento.²³

1.2.2 Da representação

Luiz Regis Prado interpreta esse condicionamento à representação em razão da relevância do crime para o interesse público, pois há crimes que alcançam o interesse geral imediatamente, outros que afetam mediatamente, e outros que afetam unicamente o interesse privado, esses últimos são os casos de ação penal privada. Nos primeiros, o Estado tem a

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2002, v. 1, p. 372.

²² MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2010, p.102.

²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1, p. 83.

obrigação imediata de propor a ação penal competente. Já aqueles que afetam o interesse geral mediatamente, a conveniência da instauração da ação penal é deixada a critério do ofendido.²⁴

Na ação penal pública condicionada a representação, a legitimidade para propô-la continua a pertencer ao Ministério Público; entretanto, essa titularidade estará subordinada a uma condição de procedibilidade, que é a representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, ou, ainda, de requisição do Ministro da Justiça.²⁵

Na ação penal pública condicionada à representação

Sempre que houver alguma exigência prévia para a propositura da ação, estabelecida de modo expresso pela lei, entende-se que o caso é de ação penal condicionada, em que a lei exige a observância de alguma formalidade para a sua admissão em juízo. Essas exigências prévias configuram as condições da ação penal, ou seja, o preenchimento delas é que torna o pedido juridicamente possível. Logo, na ação penal pública condicionada, o pedido somente será juridicamente possível, ou seja, somente poderá ser deduzido em juízo se houver a observância prévia de algum requisito estabelecido pela lei.²⁶

Cezar Roberto Bitencourt, em sua visão, atribui a existência da ação penal pública condicionada à representação ao fato do legislador considerar os efeitos mais gravosos aos interesses individuais, então “atribui ao ofendido o direito de avaliar a oportunidade e a conveniência de promover a ação penal, pois este poderá preferir suportar a lesão sofrida a expor-se nos tribunais”²⁷. Pacelli também entende da mesma forma, pois afirma que se trata de uma proteção a vítima, uma vez que a divulgação pública da ocorrência de determinados crimes pode gerar efeitos prejudiciais à própria vítima²⁸. Conclui-se que nesse tipo de ação há uma relação complexa de interesses, pois de um lado o ofendido pode manter em sigilo a ocorrência do crime e, de outro lado, o Estado possui o interesse em puni-lo com a reserva à vítima do juízo de oportunidade da propositura da ação penal.

²⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 1, p. 816.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

²⁶ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 104.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal parte geral 1**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 793.

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 116.

Tourinho Filho, no Manual de Processo Penal, manifesta um posicionamento abordando a Lei n. 9.099/1995 acerca do tema deste trabalho:

Ao lado dessas hipóteses, a Lei n. 9.009/95, no art. 88, dispõe que os crimes de lesão corporal leve e culposa são de ação penal pública subordinada à representação. O crime de lesão corporal leve cometido pelo marido ou companheiro contra mulher, não obstante previsto na Lei n. 11.340/2006, que exclui a aplicação da Lei n. 9.099/95, nem por isso deixa de ser de ação pública condicionada, nos termos do art. 88 do citado diploma. A *mens legis* e a *mens legislatoris*, pelo que se infere do art. 16 daquela lei, tiveram um só objetivo: não admitir a transação penal, penas consistentes em cestas básicas ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. É verdade que o crime de lesão corporal, nas hipóteses de violência doméstica, está previsto no art. 129, §9.º, do CP, e é punido com 6 meses a 1 ano de detenção. Nem por isso deixa de ser lesão leve, visto não ser punido com reclusão. E como o art. 88 da Lei n. 9.099/95 transformou a ação penal de incondicionada em condicionada nos crimes de lesões corporais leves e culposas, logo, as lesões corporais referidas no §9.º do art. 129 do CP, pelo fato de não serem graves, nem seguidas de morte, são leves. Sendo-o, como efetivamente são, a ação penal será pública condicionada. O que distingue a lesão leve da grave é a modalidade da pena: se reclusão, grave; se detenção, leve.²⁹

Em suma, no caso de exigência de representação por parte do ofendido ou de seu representante legal, a titularidade da ação penal permanece com o órgão do Ministério Público, o que a lei defere ao particular é apenas a faculdade de autorizar ou não a persecução penal, com a consequente instauração do inquérito e a posterior ação penal.³⁰

Luiz Regis Prado afirma, então, que se o ofendido não externar sua vontade, o Ministério Público não poderá iniciar a ação penal, nem mesmo o inquérito policial, que é procedimento preparatório da ação penal, poderá ser instaurado.³¹

1.2.3 Da retratação do ofendido

Ressalta-se um detalhe importante da ação penal pública condicionada à representação é que após realizada a representação do ofendido, este não mais poderá desistir da ação penal, pois esta passa a ser de titularidade do Ministério Público³²; logo, o Estado

²⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130/1.

³⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 104.

³¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 1, p. 815.

³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, parte geral 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 793.

continua como detentor do direito de punir e mantém a natureza pública da ação. Assenta-se que a representação é irretratável, uma vez oferecida a denúncia pelo Ministério Público. No entanto é pacificado o entendimento que a retratação do ofendido é cabível até o momento do oferecimento da denúncia, e não até o recebimento da denúncia pelo juiz.³³

1.2.4 Da Decadência e da Retratação da retratação

A representação do ofendido é de natureza processual e passível de decadência. O tempo hábil para a representação é de seis meses, caso não seja realizada configurará a decadência, que é uma causa extintiva da punibilidade. O prazo é contado a partir da data em que o ofendido, se capaz, ou seu representante legal, vier a conhecer a autoria do crime, de acordo com os artigos 103 do Código Penal e o artigo 38 do Código Processual Penal. Ao se tratar de vítima incapaz o prazo só começará a correr a partir do dia que cessar a incapacidade, por exemplo, a partir do dia que o ofendido completar dezoito anos. Na visão de Antônio Alberto Machado, o prazo decadencial de seis meses, contado a partir da data do fato ou da data em que o ofendido soube quem foi o autor do crime, é um prazo que não se interrompe, não se suspende e nem se prorroga; logo, deve ser observado pelo ofendido e seu representante legal.³⁴

Em outro cenário, a doutrina discute acerca da possibilidade da retratação da retratação, ou seja, tendo o autor voltado atrás com a representação, se poderá esse mesmo autor oferecer uma nova representação. O entendimento predominante é no sentido de que poderá ocorrer a retratação da retratação, isto é, a ocorrência de uma nova representação desde que seja realizada no prazo decadencial de seis meses.³⁵

Julio Fabbrini Mirabete entende ser possível a retratação da retratação, desde que dentro do prazo, segue a seguir o posicionamento deste ilustre doutrinador:

A representação é irretratável depois de oferecida a denúncia, conforme determina o art. 102. Permite-se, pois, a retratação da representação até aquele ato processual. Com a retratação tempestiva, a representação perde a

³³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 1, 818.

³⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 105.

³⁵ Ibidem, p. 109.

validade, tornando-se ilegítima, daí para a frente, a autorizada intervenção do Ministério Público. Após a apresentação da inicial, porém, a retratação nenhum produz e a ação, que teve início com a denúncia, prosseguirá até seu término. Pode o ofendido renovar a representação, da qual se retratou, se ainda não fluíu o prazo de decadência. É possível, assim, a revogação da retratação, ou seja, a retratação da retratação. A representação da vítima não tem força obrigatória quanto ao oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, podendo este concluir pela não-instauração da ação em decorrência da atipicidade do fato, da ausência de indícios da autoria etc., requerendo o arquivamento do inquérito ou das peças de informação. Pode ainda requisitar à Polícia ou a quem de direito as informações que entenda imprescindíveis ou necessárias ao oferecimento da denúncia.³⁶

1.2.5 Da requisição do Ministro da Justiça

A requisição do Ministro da Justiça como condição de procedibilidade acontece em casos específicos, previstos pela própria legislação. Consiste em um ato político, porque há crimes em que a conveniência da persecução penal está subordinada a essa conveniência política³⁷, Tourinho Filho define a requisição da seguinte forma: “Assim, a requisição nada mais é senão mera autorização para proceder, permissão para ser instaurado o processo, manifestação de vontade que tende a provocar a atividade processual. Ela é, por assim dizer, a representação política”.³⁸

Então pela análise da ação penal pública condicionada a representação percebe-se, também, que ela, excepcionalmente, poderá estar condicionada à requisição do Ministro da Justiça. Luiz Regis Prado reafirma que essa modalidade de ação continua tendo como titular o Ministério Público, ele apenas encontra-se subordinado à requisição. Para Prado, a requisição é um ato político e são raros os casos em que a lei subordina o início da ação penal a tal condição.³⁹

Enfim, conclui-se que a ação penal pública, seja incondicionada, seja condicionada, é promovida pelo Ministério Público por meio da denúncia.⁴⁰

³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2002, v. 1, p. 374.

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

³⁸ Ibidem, p. 153.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 1, p. 819.

⁴⁰ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.1, p. 661.

1.3 Da Ação Penal Privada

Esclarecida as peculiaridades da ação penal pública, passa-se a analisar a ação penal privada, que se divide em ação penal privada e ação penal privada subsidiária da pública.

Na ação penal privada ocorre a transferência do direito de acusar do Estado para o particular, uma vez que no mais alto grau o interesse em promover a ação penal é privado, o que se transfere é o direito de agir, e não o direito de punir, este sempre pertencente ao Estado⁴¹. Julio Fabbrini Mirabete aponta que os crimes procedem-se mediante ação pública e somente procederão por ação privada quando na tipificação vier acompanhada da expressão “só se procede mediante queixa”⁴². Rogério Greco diz que não é que o Estado deixe de sofrer com a prática de determinado crime, mas sim que o cometimento desses determinados crimes interessam mais ao particular, ele elabora a seguinte colocação:

As ações de iniciativa privada propriamente ditas são aquelas promovidas mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. Em determinadas infrações penais, a lei penal preferiu que o início da *persecutio criminis* ficasse a cargo do particular. Embora o Estado sempre sofra com a prática de uma infração penal, pois que o seu cometimento abala a ordem jurídica e coloca em risco a paz social, existem situações que interessam mais intimamente ao particular do que propriamente ao Estado.⁴³

A ação penal privada se procederá mediante queixa e Antônio Alberto Machado conceitua queixa da seguinte maneira:

A queixa é, portanto, uma autêntica petição inicial em matéria criminal e tem por finalidade instaurar a ação penal privada nos casos em que a lei a admite. Como petição inicial que é, a queixa deve conter todos os requisitos do art. 41 do CPP, exigidos expressamente para a denúncia do Ministério Público na ação penal pública.⁴⁴

A colocação de Mirabete quanto a ação penal privada é pontual para esclarecer a espécie de substituição processual que ocorre:

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 477.

⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 742.

⁴³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009, v.1, p. 698.

⁴⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 117.

A ação penal de iniciativa privada é uma espécie de substituição processual, em que se defende interesse alheio em nome próprio (art. 6º do CPC). Havendo concurso material ou formal entre delitos conexos de ação penal pública e ação penal de iniciativa privada, há formação de litisconsórcio entre o promotor e o titular do *jus querelandi*. Inexistente a iniciativa da vítima, não pode a ação penal prosperar quanto ao crime que se apura mediante queixa. Sendo a ação penal pública incondicionada ou condicionada, impossibilitada está a vítima de oferecer queixa, a não ser na hipótese de ação privada subsidiária da ação pública. São princípios informadores da ação penal de iniciativa privada a oportunidade, a disponibilidade e a indivisibilidade.⁴⁵

Então, neste caso, o ofendido ou seu representante legal é que pode dar início à ação penal.

No Manual de Direito Penal de autoria, também, de Mirabete, há o esclarecimento do que ocorre na ação penal de iniciativa privada:

Embora o *jus puniendi* pertença exclusivamente ao Estado, este transfere ao particular o direito de acusar (*jus accusationis*) quando o interesse do ofendido se sobrepõe ao menos relevante interesse público, nos delitos cuja repressão interessam muito de perto apenas à vítima. Institui-se então a ação penal privada, espécie de substituição processual, em que se defende interesse alheio em nome próprio.⁴⁶

1.3.1 Princípios

Um dos princípios que rege a ação penal privada é o princípio da oportunidade por tratar-se de um caso de substituição processual, do Estado para o particular⁴⁷, e também pelo fato de ser conferido ao titular da ação penal o direito de julgar conveniente ou não a propositura da ação penal. Guilherme de Souza Nucci esclarece a terminologia ação privada, que causa alguns questionamentos. Ele explica que o Código Penal refere-se à ação de iniciativa privada, é o início da persecução penal que depende do ofendido. Chama-se privada, pois a propositura da ação penal tem um interesse muito mais particular e, depois de proposta, ainda, pode gerar um escândalo ao ofendido.⁴⁸

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 743.

⁴⁶ Idem. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2002, v. 1, p. 377.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 477.

⁴⁸ Ibidem.

Diversamente do que foi colocado quanto à ação penal pública, o princípio da disponibilidade que versa na ação penal privada, uma vez que o titular de tal ação pode, a qualquer tempo, renunciar, perdoar ou desistir da queixa⁴⁹. Já na mesma linha da ação penal pública, a ação penal privada segue o princípio da indivisibilidade, pois o querelante deve intentar a ação contra todos os autores conhecidos, não podendo privilegiar alguns.⁵⁰

1.3.2 Da Renúncia, do perdão e da desistência ao direito de queixa

Ao considerar o princípio da disponibilidade conclui-se que o ofendido pode renunciar ao direito de queixa, expressa ou tacitamente, o que acarreta na extinção da punibilidade, nos termos do inciso V do artigo 107 do Código Penal. Em razão desse princípio, o ofendido poderá dispor da ação interposta, seja desistindo de prosseguir com ela, seja perdando o ofensor, seja ainda não dando andamento ao processo, ou seja, o querelante poderá a qualquer tempo dispor da ação penal já iniciada por meio do perdão expresso ou tácito, e também pela perempção, isto é, deixando de comparecer aos atos processuais ou de dar andamento ao processo.⁵¹

Paulo Queiroz ensina que a renúncia pode ser realizada até a propositura da ação penal, pois caso seja realizado após deixa de ser renúncia e passa a ser perdão⁵². A renúncia pode ocorrer em duas formas: expressa ou tácita.⁵³

O perdão, diversamente da renúncia, pode ocorrer até o trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme dispõe o parágrafo segundo do artigo 106 do Código Penal. No conceito elaborado por Paulo Queiroz, perdão é a desistência do direito de prosseguir a ação penal privada já iniciada e, assim como a renúncia, acarreta a extinção da punibilidade, nos termos do inciso V do artigo 107 do Código Penal⁵⁴. Ao perdão aproveita-se as informações pertinentes à renúncia, tais como a possibilidade de ser expressa ou tácita e a aplicação do princípio da indivisibilidade. Entretanto, o perdão é um ato bilateral, ou seja, ele

⁴⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal – parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 390.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 111.

⁵² QUEIROZ, Paulo. Op.cit., p. 390.

⁵³ Ibidem, p. 391.

⁵⁴ Ibidem, p. 391.

necessita da aceitação da outra parte, caso o querelado não o aceite, o perdão não produzirá efeitos⁵⁵. O procurador Paulo Queiroz entende que: “no caso de existir mais de um ofendido, isto é, mais de um querelante, o perdão concedido por um não prejudica o direito dos outros”.⁵⁶

Assim como nos casos de ação penal pública condicionada à representação, nos crimes de ação penal privada o ofendido possui o prazo de seis meses para oferecer a queixa ou exercer o direito de representação, este prazo deve ser contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, caso não exerça esse direito decairá de tal, conforme artigo 103 do Código Penal.

1.3.3 Da ação penal subsidiária da pública

A ação penal privada subsidiária da pública encontra autorização na Constituição Federal, no inciso LIX do artigo 5º. Este dispõe que a vítima ou seu representante legal ingresse, diretamente, com ação penal, por meio de oferecimento de queixa, quando o Ministério Público, nos casos das ações públicas, deixe de fazê-lo no prazo legal⁵⁷. Paulo Queiroz diz que a legislação reconhece ao ofendido o direito de oferecer a queixa na intenção de suprir a omissão ministerial⁵⁸. Este autor esclarece um aspecto importante da ação penal em questão:

Releva notar, ainda, que a ação penal em questão, que é originariamente pública, não se transforma, nesse caso, em ação privada, preservando a sua natureza pública e, por essa razão, o querelante não pode dela desistir, renunciar, perdoar ou ensejar a perempção, podendo o Ministério Público aditar a queixa, oferecer denúncia substitutiva, requerer diligências, produzir provas, recorrer e, a qualquer momento, se houver negligência do querelante, retomar o prosseguimento da ação.⁵⁹

⁵⁵ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal – parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 391.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 744.

⁵⁸ QUEIROZ, Paulo. Op.cit., p. 391.

⁵⁹ Ibidem, p. 392.

Conclui-se que o particular somente poderá oferecer a queixa subsidiária se houver omissão por parte do Ministério Público.⁶⁰

Ressalta-se que é cabível qualquer que seja o crime, esteja ele previsto no Código Penal ou em leis especiais⁶¹. O entendimento é de que se o Ministério Público não age ou não requer o arquivamento do inquérito o ofendido o substitui e oferece a queixa.

A Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal enuncia que caso o inquérito policial seja arquivado pelo juiz, a requerimento do promotor, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.

Já nos casos de ação penal privada subsidiária da pública o prazo embora seja de seis meses, possuirá a contagem de forma diferenciada, pois conta-se a partir do dia em que se esgota o prazo para o Ministério Público oferecer a denúncia, nos termos do artigo 38 do Código de Processo Penal.

⁶⁰ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 116.

⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 744.

2 DO CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR

Deve-se partir do princípio de que a violência doméstica e familiar contra a mulher implica em violação aos direitos humanos. Então, a Lei n. 11.340/2006 estabeleceu que configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. O tipo de violência tratada neste trabalho pressupõe dois requisitos, quais sejam: que seja cometido contra mulher e que ocorra no âmbito doméstico e familiar.

A Lei Maria da Penha traz aspectos conceituais e educativos, o que a torna uma legislação avançada e inovadora. Justamente pelo fato de trazer várias inovações que gerou inúmeras polêmicas.

Cabe ressaltar que a Lei n. 11.340/2006, instrumento de defesa da igualdade e da cidadania, foi criada para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A referida Lei preocupa-se em proteger a mulher contra os atos de violência. Reitera-se que a violência contra a mulher viola direitos humanos, dispositivo expresso na própria lei no artigo 6º, qual seja: “A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”. Quanto a discussão acerca da desigualdade existente entre homem e mulher, Sérgio Ricardo de Souza esclarece que:

Nesse campo é patente a desigualdade existente entre os gêneros masculino e feminino, pois as mulheres aparecem como a parte que sofre as discriminações e violências em índices consideravelmente maiores, não só pelas diferenças físicas, mas também, culturais que envolvem o tema, conforme deflui dos já mencionados estudos realizados no âmbito ou sob a coordenação das Nações Unidas. Em tal contexto, a existência de uma discriminação em favor da mulher tem o claro objetivo de dotá-la de uma especial proteção, para permitir que o gênero feminino tenha compensações que equiparem suas integrantes à situação vivida pelos homens. Afigura-se, assim, que as medidas preconizadas na presente Lei constituem políticas e ações afirmativas no sentido de possibilitar que em relação à questão da violência, as mulheres alcancem o respeito a sua dignidade enquanto seres humanos, bem como a almejada igualdade de condições em relação aos homens, estando, portanto, em plena consonância com os ideais insertos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (Art. 1º, inc. III; Art. 5º, incs. I e III e art. 226, §8º). A Lei sob comento incentiva tratamento

desigual entre homens e mulheres, com o propósito de que se alcance a real igualdade de gênero no que diz respeito à necessidade de pôr fim à violência doméstica e familiar. Há que se ter em conta que essa postura não pode ser eterna e que, uma vez alcançados os objetivos da nova Lei e estando caracterizado que passou a existir realmente uma igualdade material entre homens e mulheres no âmbito da questão da violência doméstica e familiar, deve se passar a ter um tratamento isonômico entre ambos os gêneros, mas essa não é efetivamente a situação atual.⁶²

A violência doméstica e familiar contra as mulheres é a tradução real do poder e da força física masculina e da história de desigualdades culturais entre homens e mulheres. As agressões são recorrentes e estão presentes em famílias, independentemente da raça, classe social, idade ou da orientação sexual de seus componentes. Percebe-se, pois, que o tratamento diferenciado decorre de uma necessidade para poder viabilizar a efetiva igualdade consagrada no texto Constitucional.⁶³

A Lei em comento segue os parâmetros constitucionais uma vez que no artigo 226 da Carta Magna prevê que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E no §8º do mesmo artigo é enunciado que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Como o texto constitucional consagra essa proteção à família, o Estado não poderia deixar a mulher em condição de vulnerabilidade, ou seja, propícia às discriminações oriundas do próprio histórico cultural brasileiro, de forma mais clara e até mesmo grosseira, o Estado, detentor do *jus puniendi*, não pode deixar que uma mulher apanhe sem que o agressor sofra consequências para tal ato, uma vez que a família possui especial proteção. Em suma, a Lei 11.340/2006 foi criada para suprir a necessidade de regulamentar a Constituição Federal, ou seja, a Lei tem por finalidade conferir efetividade ao parágrafo oitavo do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

⁶² SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 37-8.

⁶³ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 577.

No artigo acima analisado, o constituinte conferiu especial proteção à mulher, pois ela está mais exposta a situações de perigo e abusos típicos das relações de afeto, tudo isso em razão da sua hipossuficiência física.⁶⁴

Além da proteção à família deve-se observar os fins sociais a que a lei se destina. A união da proteção à família e os fins sociais da Lei permite a conclusão pela constitucionalidade da lei. O artigo 4º da Lei em análise diz que: “Na interpretação desta Lei serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar”.

Adriana Ramos de Mello entende que a Lei deve ser interpretada sem esquecer do artigo 4º que impõe que:

Isso quer dizer que os operadores do Direito, ao aplicar a Lei nº 11.340/06, devem sempre interpretá-la de forma a atender à sua finalidade, que é assegurar à mulher em situação de violência condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.⁶⁵

Como já dito diversas vezes a Lei Maria da Penha é uma ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência e deve ser interpretada observando os fins a que ela se destina, devendo o intérprete da Lei observar a violência doméstica e familiar como uma violação aos direitos humanos da mulher e é com esse enfoque que deve se buscar aplicar a Lei.⁶⁶

A referida norma implica que qualquer determinação jurídica que descuide de analisar a situação das vítimas de violência doméstica não merece atenção.⁶⁷

⁶⁴ PARODI, Ana Cecília e GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria da Penha comentários à lei 11.340/2006**. Campinas/SP: Russel, 2009, p. 99.

⁶⁵ MELLO, Adriana Ramos de (Org.). **Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**. Rio de Janeiro: Lúmen jûris, 2007, p. 8.

⁶⁶ Ibidem, p. 15.

⁶⁷ LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Coord.). **Violência doméstica vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lúmen Jûris, 2010, p. 81.

2.1 Da inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais

O artigo 41 da Lei em estudo afasta a aplicação da Lei n. 9.099/1995: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”. Segundo Ricardo Antonio Andreucci, em consequência de tal dispositivo os crimes que envolvam violência doméstica e familiar não são de menor potencial ofensivo⁶⁸. Tal afirmativa se amolda perfeitamente ao que está disposto na Constituição Federal no artigo 98, I, de que a lei ordinária disporá acerca de crimes de menor potencial ofensivo:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e o Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turma de juízes de primeiro grau.

Entretanto, a exegese de tal artigo provoca diversas discussões e divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

O autor acima citado conclui no sentido de que: “Portanto, descabem, em crime de lesão corporal, ainda que leve, ou outro delito que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, a transação e a suspensão condicional do processo”⁶⁹. Ele ainda assevera que poderá ocorrer prisão em flagrante no caso de crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, pois com a inaplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais não será possível lavrar termo circunstanciado.⁷⁰

Também em decorrência da vedação da aplicabilidade da Lei dos Juizados Especiais foi a proibição da pena de cestas básicas e outras do gênero. Esta norma é expressa na Lei n. 11.340/2006 no artigo 17: “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e

⁶⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 588.

⁶⁹ Ibidem, p. 588.

⁷⁰ Ibidem, p. 589.

familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”. A necessidade de vedar a prestação de cestas básicas é proveniente do fato do instituto ter sido banalizado e ter gerado na vítima e na população o sentimento de impunidade, ocorria até mesmo do agressor retirar mantimentos de sua própria casa, deixando a vítima mais uma vez em desvantagem, para satisfazer a obrigação de dar aplicada pelo juiz ou transacionada pelo Ministério Público.⁷¹

Sérgio Ricardo de Souza entende que:

Nas hipóteses de lesão corporal praticadas nos moldes do art. 129, §9º, não há óbice a que sejam aplicadas as medidas substitutivas previstas no art. 44 do Código Penal, mas, se o sujeito passivo da violência for mulher, deve ser observado o disposto no artigo sob comento. Isso implica que, por ocasião da sentença, possa o julgador substituir a pena de prisão por “perda de bens e valores”, “prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas”, “interdição temporária de direitos” e “limitação de fim de semana”, mesmo se a vítima for mulher, estando vedadas apenas a substituição por penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.⁷²

O artigo 41 da Lei n. 11.340, qual seja: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26.09.1995” veda-se a aplicação da Lei n. 9.099/1995 como um todo, ainda nas lições de Sérgio Ricardo de Souza, inclusive do artigo 88 desta, o qual prevê que “Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação da ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”.⁷³

A pena de “prestação de cestas básicas” acabou por vulgarizar o instituto e minimizou a dignidade da justiça, pois não se avaliava se tal pena teria a mesma efetividade

⁷¹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 590.

⁷² SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 114.

⁷³ Ibidem, p.81.

em uma infração de trânsito como em uma agressão que envolva violência doméstica e familiar, por exemplo⁷⁴. Percebe-se que o princípio da proporcionalidade foi deixado de lado.

Então com o afastamento da Lei n. 9.009/1995 não mais poderá o juiz substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Já Maria Berenice Dias entende que

Ainda que a Lei Maria da Penha tenha sido enfática e até repetitiva em afastar a incidência da Lei dos Juizados Especiais, expressamente exige a representação perante a autoridade policial. Ao ser feito, o registro da ocorrência, a vítima é ouvida, e a representação é tomada a termo (art. 12, I). Assim, tratando-se de delito de ação privada ou de ação pública condicionada cometido contra mulher, em decorrência das relações familiares, o desencadeamento de providências policiais e judiciais depende da representação da vítima. A diferença é que, em sede de violência doméstica, a representação é levada a efeito perante a autoridade policial, no momento do registro da ocorrência. Além disso, tem a vítima garantia de acesso aos serviços da Defensoria Pública e da Assistência Judiciária (art. 28).⁷⁵

2.2 Da natureza da ação penal no crime de lesão corporal leve contra a mulher no âmbito doméstico e familiar

O posicionamento adequado para saber qual a natureza da ação penal cabível é bastante controverso tanto na doutrina como nos Tribunais. Há quem diga que deve-se seguir a regra geral do Código de Processo Penal, ou seja, a ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos contra a mulher com violência doméstica ou familiar será pública incondicionada. E outros que seguem o entendimento mais recente dos Tribunais, estes manifestam-se pela ação penal pública condicionada à representação da ofendida.

A Lei n. 11.340/2006 manteve íntegro o preceito do §9º do art. 129 do Código Penal, dispõe que: “Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”. O que foi alterado

⁷⁴ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 185-6.

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça – a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 98.

pela nova lei foi a pena, a qual a mínima passou de seis meses para três meses e máxima de um ano alterou para três anos. Agora, com a pena máxima fixada em três anos de detenção e a expressa vedação do artigo 41 da Lei n. 11.340/2006, a lesão corporal leve contra mulher no âmbito doméstico e familiar não é considerado de menor potencial ofensivo; logo, não está sujeito a representação, de acordo com o entendimento de Sérgio Ricardo de Souza.⁷⁶

Uma vez que o Código Penal dispõe que “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”, conclui-se que, com o afastamento da Lei dos Juizados Especiais, o crime de lesão corporal leve é processado mediante ação penal pública incondicionada, por ser desta forma o disposto no Código Penal Brasileiro. Então, a representação nos crimes cometidos contra a mulher no âmbito doméstico e familiar é necessária somente nos tipos penais que a prevê, como o crime de ameaça, sendo desnecessário na lesão corporal leve.⁷⁷

Entretanto a controvérsia existe, uma vez que boa parte da doutrina e da jurisprudência entendem que esse afastamento da Lei de Juizados Especiais é parcial.

Para os que defendem que o crime de lesão corporal leve na ambiência doméstica e familiar deve ser processado mediante ação penal pública incondicionada, estes encontram respaldo no argumento de que muitas mulheres optavam pelo arquivamento em razão da dependência econômica e emocional da mulher, esta dependência muitas vezes faziam com que as vítimas desistissem de buscar uma solução.

Além do o aumento da pena máxima prevista para os crimes de lesão corporal leve contra mulher no âmbito doméstico e familiar de um ano para três anos não resta dúvidas de que o crime deixou de ser de menor potencial ofensivo, assim, não faz sentido mais uma vez a aplicação da Lei n. 9.099/1995.⁷⁸

⁷⁶ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 197-8.

⁷⁷ Ibidem, p. 80-1.

⁷⁸ Ibidem, p. 110.

Entretanto entende-se como posição mais acertada a de Adriana Ramos de Mello que diz que a única interpretação coerente com o texto constitucional é que a proibição do artigo 41 refere-se unicamente aos aspectos processuais da Lei nº 9.099/95.⁷⁹

Quem defende que o crime de lesão corporal leve contra a mulher no âmbito doméstico e familiar deve ser processado mediante ação penal pública incondicionada argumenta como Maria Berenice Dias explanou, embora este não seja o entendimento da ilustre jurista:

A intenção de livrar o delito de lesões corporais qualificado pela violência doméstica da égide da Lei dos Juizados Especiais também se vislumbra pelo fato de ter havido a majoração da pena máxima, que passou de um para três anos. Com esse aumento de pena, surge outro impedimento para a lesão corporal ser considerada infração penal de menor lesividade, pois assim são considerados os crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos. Outro fundamento que justificaria a inexigibilidade da representação é o fato de a Lei dos Juizados Especiais não ter dado nova redação ao Código Penal. Seu texto permaneceu inalterado. Deste modo, a exigência de representação não foi incorporada à legislação codificada. Houve simples previsão, no bojo da Lei 9.099/95, condicionando, à representação, as lesões corporais leves e as lesões culposas. Como a lei que procedeu a esta alteração teve sua incidência afastada por lei posterior, em sede de violência doméstica, voltaria a vigorar o Código Penal.⁸⁰

No entanto, como já observado, este não é o posicionamento de Maria Berenice Dias. Esta autora entende que a Lei Maria da Penha veio propiciar à ofendida discricionariedade de avaliar a necessidade ou não da intervenção do Estado em suas relações do lar. Logo, a ação penal para os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa praticados contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar permanece condicionada à representação.⁸¹

Damásio de Jesus situa-se em favor da ação penal pública condicionada à manifestação da ofendida, em um texto publicado ele diz que:

⁷⁹ MELLO, Adriana Ramos de (Coord.). **Comentários à violência doméstica e familiar contra a mulher**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2007, p. 173.

⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça – a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 156-7.

⁸¹ Ibidem, p. 158.

A Lei nº 11.340/2006 a ação nos crimes de lesão corporal leve no âmbito doméstico e familiar seja pública condicionada à representação não pretendeu transformar em pública incondicionada a ação penal por crime de lesão corporal cometido contra mulher no âmbito doméstico e familiar, o que contrariaria a tendência brasileira da admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima e dela retiraria meios de restaurar a paz no lar.⁸²

Paulo Rangel, aliado à posição de Damásio de Jesus, enumera cinco motivos para que a ação nos crimes de lesão corporal leve no âmbito doméstico e familiar seja pública condicionada à representação da vítima. O primeiro argumento é que quando a Lei de Violência Doméstica vedou a aplicação da Lei dos Juizados Especiais quis vedar a aplicação de composição civil e transação penal. Dando continuidade, argumenta que a própria Lei Maria da Penha admite que haja crimes de ação penal pública condicionada à representação, e nesses casos exige que se a ofendida quiser se retratar deve ser na presença do juiz, conforme o artigo 16 da Lei, ou seja, não é porque a vítima é mulher, no âmbito doméstico, que as ações penais serão todas incondicionadas. O terceiro indício é que seria desarrazoado entender que o crime de lesão leve contra a mulher no ambiente doméstico seria de ação penal pública incondicionada, mas o estupro, por exemplo, na mesma hipótese, sendo a mulher pobre, seria de ação penal pública condicionada à representação, em suma, um crime mais grave teria a ação penal pública condicionada à representação e o mais leve seria independente de representação, assim, feriria o princípio da proporcionalidade. O quarto argumento diz respeito ao fato de que se o legislador quisesse tornar pública incondicionada a ação penal no crime em discussão teria feito de modo expresso; entretanto, apenas diminuiu a pena mínima e aumentou a pena máxima. E por fim, sustenta que o direito é um sistema harmônico que deve buscar sintonia com seus princípios informadores.⁸³

2.3 Da renúncia e da retratação da representação

Nos crimes cuja ação seja pública condicionada a representação, a representação configura-se como condição de procedibilidade e o artigo 16 da Lei em comento diz que:

⁸² JESUS, Damásio de. Da exigência de Representação da Ação Penal Pública por Crime de Lesão Corporal Resultante de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. <http://www.estritorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=7248&>. Acesso em: 01 set. 2010.

⁸³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 158-160.

Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Este artigo deveria dizer retratação e não renúncia, uma vez que a representação já foi apresentada na fase investigatória e a renúncia é aplicada aos casos em que ainda não houve a representação.⁸⁴

Pela análise do artigo acima transcrito Sérgio Ricardo de Souza entende que a representação é retratável; logo, a vítima pode voltar atrás e optar por não mais apurar o fato, desde que essa retratação ocorra antes do oferecimento da denúncia. Gera a extinção da punibilidade⁸⁵. Nesta audiência, deve-se verificar se a vontade da vítima não está coagida. Há diversos julgados no sentido de que é irretratável a representação depois de oferecida a denúncia pelo Ministério Público.

Ana Cecília Parodi e Ricardo Rodrigues Gama reconhecem que a tal renúncia a retratação foi tomada por formalidades visando “tornar eficaz a participação estatal nos casos de violência contra a mulher, afastando a possibilidade de impunidade por intimidação por parte do agressor”.⁸⁶

Ricardo Antonio Andreucci entende que tanto a renúncia do direito de representação, ou seja, quando a ofendida não a apresentou perante a autoridade policial, quanto a retratação da representação já apresentada na fase policial, somente poderão ser admitidas quando feitas perante o juiz, na audiência designada para tal fim e antes de recebida a denúncia, devendo, ainda, ouvir o Ministério Público⁸⁷. Atribui tal entendimento ao fato de entender que a lei busca evitar que a mulher, sem ter conhecimento das consequências de seu

⁸⁴ PARODI, Ana CECÍLIA e GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria da Penha comentários à lei nº 11.340/2006**. Campinas/SP: Russel, 2009, p. 179.

⁸⁵ SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 102.

⁸⁶ PARODI, Ana CECÍLIA e GAMA, Ricardo Rodrigues. Op.cit., p. 180.

⁸⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 589.

ato e da utilidade das medidas protetivas de urgência, renuncie ou se retrate da representação, colocando-se novamente em situação de vulnerabilidade perante o agressor.⁸⁸

Então, no mesmo sentido, mas com palavras diferentes é o entendimento abaixo:

Uma vez oferecida a representação contra o agressor, não há que se falar em presunção de retratação pelo fato de a vítima não comparecer à audiência preliminar. Pelo contrário, concluir-se que a ausência da vítima na citada audiência ratifica a representação, não sendo admitida assim a retratação tácita. No caso de ser confirmada a representação, a praxe registra outro expediente para todos os casos de ação penal condicionada à representação bem conhecido no meio forense como ratificação da representação, consistente na apresentação de requerimento da vítima confirmando a representação e pleiteando a propositura da ação penal pelo representante do Ministério Público. Ao invés da apresentação da peça denominada ratificação da representação, o legislador exige a audiência para esse fim específico.⁸⁹

Os mesmos autores ainda lecionam que:

Em consonância com o art. 25 do Código de Processo Penal, os casos de violência doméstica contra a mulher também são irretratáveis após a apresentação da denúncia pelo representante do Ministério Público. Diversamente se dá o *modus operandi*, exigindo a Lei Maria da Penha a audiência para que se dê a desistência, enquanto o Código de Processo Penal conta com a apresentação da retratação.⁹⁰

O conteúdo do artigo 16 da Lei 11.340/2006 causou diferentes interpretações entre os doutrinadores. A primeira idéia usou-se do argumento de que o legislador instituiu a necessidade da ratificação judicial de toda representação feita na polícia, então o Ministério Público não pode agir enquanto a vítima não confirmar sua vontade na presença do juiz. Outra corrente diz que o juiz não pode negar a renúncia feita pela vítima. E

⁸⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 589.

⁸⁹ PARODI, Ana CECÍLIA e GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria da Penha comentários à lei nº 11.340/2006**. Campinas/SP: Russel, 2009, p. 180-1.

⁹⁰ Ibidem, p. 180-1.

por fim, o entendimento de que a norma manteve o crime de lesão corporal qualificado pela violência doméstica como infração de ação penal pública condicionada à representação.⁹¹

Segundo Adriana Ramos de Mello, “a exigência de representação traz consigo, inevitavelmente, no sistema que vigora na atualidade, a possibilidade de a vítima mudar de idéia”⁹². Prossegue:

O certo, porém, é que o direito brasileiro confere à vítima a faculdade de representar, em alguns casos, condicionando a atuação oficial da polícia judiciária e a atuação do Ministério Público em juízo. Assim, igualmente, o nosso direito confere à vítima, neste mesmo caso, a faculdade de não persistir com o propósito de ver o indiciado transformar-se em acusado, podendo haver retratação da representação formulada.⁹³

O entendimento majoritário é que a retratação aqui estudada deve preceder o oferecimento da denúncia e que, se posterior, não produzirá qualquer efeito jurídico.

Um ponto super importante é que a retratação deve ser proveniente de uma livre manifestação de vontade no sentido da ofendida não querer mais que o agente seja processado e punido criminalmente⁹⁴. O magistrado deve mencionar claramente as consequências da desistência em prosseguir com a causa.

Luiz Antônio de Sousa e Vitor Kumpel chamam tal discussão de retratação-renúncia quando a representação já foi oferecida e a vítima não exerce seu direito de novamente representar; logo, a decisão judicial deve ser pela extinção da punibilidade.⁹⁵

Maria Berenice Dias ressalta em sua obra:

Apesar de todas essas discussões e desentendimentos, é necessário atentar que, em sede de violência doméstica, a representação é a levada a efeito

⁹¹ LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudilene (Coord.). **Violência doméstica vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 73.

⁹² MELLO, Adriana Ramos de (Coord.). **Comentários à violência doméstica e familiar contra a mulher**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2007, p. 78-9.

⁹³ Ibidem, p. 79.

⁹⁴ Ibidem, p. 80.

⁹⁵ KUMPEL, Vitor Frederico e SOUZA, Luiz Antônio de. **Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei 11.340/2006**. Rio de Janeiro: Ediuouro, 2008, p. 128.

quando do registro da ocorrência, oportunidade em que é tomada a termo pela autoridade policial (art. 12, I). Assim, a posterior manifestação da vítima perante o juiz de não querer que a ação se instaure, se trata de “retratação à representação. Portanto, atenderia à melhor técnica, tivesse o legislador utilizado a expressão “retratação” ou mesmo “desistência” ao admitir a possibilidade de a ofendida voltar atrás da representação levada a efeito perante a autoridade policial.⁹⁶

A retratação da representação é cabível, por estar prevista no artigo 16 da Lei em estudo, inclusive nos casos de lesão corporal leve praticado com violência doméstica. Damásio de Jesus leciona que é contraditório defender que a ação penal é pública incondicionada e ao mesmo tempo seguir o que está expresso no artigo 16 da Lei Maria da Penha, ou seja, falar em retratação ou desistência da representação. Damásio de Jesus sustenta que a Lei n. 11.340/2006 não pretendeu transformar em ação penal pública incondicionada a ação penal por crime de lesão corporal contra mulher no âmbito doméstico e familiar, argumenta que se assim fosse estaria a Lei privando meios para os casais restaurarem a paz no lar, afirma, pois, que seria um retrocesso legislativo.⁹⁷

Luiz Flávio Gomes assevera que a vedação da aplicação da Lei n. 9.099/1995 é total, ou seja, o artigo 41 da Lei Maria da Penha transformou a ação penal nos crimes de lesão corporal contra a mulher no campo doméstico e familiar, transformando-a em ação penal pública incondicionada.⁹⁸

Já, do lado oposto, Luiz Flávio Gomes e Alice entendem que o art. 88 da Lei n. 9.099/1995 não foi revogado e apenas derogado em relação ao artigo 41 da Lei n. 11.340/2006.

⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça – a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 147.

⁹⁷ JESUS, Damásio de. Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante da violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006). **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 13, ano III, Porto Alegre: ago.-set. 2006, Magister, p. 87-89.

⁹⁸ Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8965>>. Acesso em 30 ago. 2010.

Segundo os autores acima não existe nenhuma incompatibilidade com o artigo 16 e o artigo 41, ambos da Lei n. 11.340/2006, pois o primeiro excluiu a representação os delitos de lesão corporal culposo e lesão simples. E no segundo, refere-se expressamente à representação da mulher, mas para eles é evidente que esse ato só tem validade para os outros crimes, como os crimes sexuais, ameaça e outros crimes claramente condicionados à representação da ofendida.⁹⁹

⁹⁹ Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8965>>. Acesso em 30 ago. 2010.

3 DA ANÁLISE DE JULGADOS

Os Tribunais brasileiros já decidiram de ambas as formas, ou seja, tanto pela ação pública incondicionada como pela condicionada à representação nos casos de lesão corporal leve de incidência na Lei n. 11.340/2006. Entretanto, a posição mais recente do Superior Tribunal de Justiça dispõe que o mais adequado para o crime em comento é a ação penal pública condicionada à representação da ofendida.

Abaixo, segue dois casos decididos pelo Superior Tribunal de Justiça e uma breve análise de seus respectivos fundamentos.

3.1 Pela Ação penal pública incondicionada

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL SIMPLES OU CULPOSA PRATICADA CONTRA MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO. PROTEÇÃO DA FAMÍLIA. PROIBIÇÃO DE APLICAÇÃO DA LEI 9.099/1995. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. RECURSO PROVIDO PARA CASSAR O ACÓRDÃO E RECEBER A DENÚNCIA.

1. A família é a base da sociedade e tem a especial proteção do Estado; a assistência à família será feita na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (Inteligência do artigo 226 da Constituição da República).
2. As famílias que se erigem em meio à violência não possuem condições de ser base de apoio e desenvolvimento para os seus membros, os filhos daí advindos dificilmente terão condições de conviver sadiamente em sociedade, daí a preocupação do Estado em proteger especialmente essa instituição, criando mecanismos, como a Lei Maria da Penha, para tal desiderato.
3. Somente o procedimento da Lei 9.099/1995 exige representação da vítima no crime de lesão corporal leve e culposa para a propositura da ação penal.
4. Não se aplica aos crimes praticados contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, a Lei 9.099/1995. (Artigo 41 da Lei 11.340/2006).
5. A lesão corporal praticada contra a mulher no âmbito doméstico é qualificada por força do artigo 129, §9º do Código Penal e se disciplina segundo as diretrizes desse Estatuto Legal, sendo a ação penal pública incondicionada.

6. A nova redação do parágrafo 9º do artigo 129 do Código Penal, feita pelo artigo 44 da Lei 11.340/2006, impondo pena máxima de três anos a lesão corporal qualificada, praticada no âmbito familiar, proíbe a utilização do procedimento dos Juizados Especiais, afastando por mais um motivo, a exigência de representação da vítima.

7. RECURSO PROVIDO PARA RECEBER A DENÚNCIA.¹⁰⁰

A discussão do recurso acima é quanto à natureza da ação penal, em razão da Lei Maria da Penha trazer no artigo 41 uma vedação à aplicação da Lei n.º 9.099/1995, nesta Lei está previsto que os crimes de lesão corporal leve e lesão culposa dependerão de representação, ou seja, que a ação penal, nesses casos, é pública condicionada à representação.

A ementa transcrita cuida-se de recurso especial. A decisão da Primeira Turma Criminal do Distrito Federal havia entendido, no julgamento do Recurso Especial em Sentido Estrito, que a ação no crime de lesão corporal na ambiência doméstica e familiar necessita de representação da ofendida. O Desembargador Mário Machado discorreu da seguinte forma:

O artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, ao excluir a aplicação da Lei nº 9.099/95, pretendeu, somente, vedar a aplicação dos institutos despenalizadores nela previstos, como a composição civil e a transação penal, instrumentos impeditivos da persecução criminal contra o agressor. Não foi intenção do legislador afastar a aplicação do artigo 88 da Lei nº 9.099/1995, que condiciona a ação penal concernente à lesão corporal leve e à lesão corporal culposa à representação da vítima, tanto que esta é prevista no art. 12, I, in fine, da Lei nº 11.340/2006. Exegese diversa conduziria a um absurdo dentro do sistema, que não pode contrariar a lógica. Há outros crimes, até mais graves, para os quais, não a Lei nº 9.099/95, mas o próprio Código Penal prevê a necessidade de representação da vítima. Exemplo os crimes contra a liberdade sexual (estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, corrupção de menores), nos quais, igualmente ofendida mulher em contexto de violência doméstica, sendo ela pobre, é necessária a sua representação, porque exigida pelo Código Penal (art. 225, §1º e §2º).¹⁰¹

¹⁰⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1050276/DF, Relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 10/08/2010, DJe 06/09/2010.

¹⁰¹ Ibidem.

Permite-se concluir que o entendimento do Desembargador Mário Machado é de que a Lei dos Juizados Especiais foi afastada apenas no que diz respeito aos institutos despenalizadores. Argumenta ainda que o artigo 16 da Lei Maria da Penha fortalece a posição pela ação penal pública condicionada à representação e ressalta que embora o artigo 16 fale em renúncia o termo adequado ao caso é retratação, esta retratação é perfeitamente cabível em audiência especialmente designada para esta finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o membro do Ministério Público. O ilustre Desembargador justifica a necessidade da audiência como uma fiscalização do Ministério Público e do magistrado para evitar que a retratação ocorra por ingerência e força do agressor.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por não concordar com a decisão da Primeira Turma Criminal do Distrito Federal, interpôs recurso especial. A Ministra Jane Silva, relatora do Recurso Especial, manifestou o entendimento no sentido de que em se tratando de lesões corporais leves e culposas, praticadas no âmbito familiar contra mulher, a ação é, necessariamente, pública incondicionada. Entretanto em seu voto, salienta que as razões que a conduziram a tal entendimento foram extraídos da doutrina, uma vez que não encontrou precedentes no Superior Tribunal de Justiça à época do julgamento.

A relatora do Recurso Especial conclui o seu voto com as seguintes palavras:

Dessa forma, entendo que em nome da proteção à família, preconizada como essencial pela Constituição da República e, frente ao dispositivo da Lei 11.340/2006 que afasta expressamente a Lei 9.099/1995, os institutos despenalizadores e as medidas mais benéficas dessa última, não se aplicam à violência doméstica, independentemente, portanto, de representação da vítima a propositura da ação penal pelo Ministério Público nos casos de lesão corporal leve ou culposa.¹⁰²

3.2 Pela ação penal pública condicionada à representação da vítima

Mais recente e de maneira diversa, o Superior Tribunal de Justiça proferiu uma decisão relativa a um *habeas corpus* no sentido de que a ação pertinente aos crimes de

¹⁰² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1.050.276, Relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23/09/2008, DJe 24/11/2008.

lesão corporal leve contra a mulher praticada no âmbito doméstico e familiar é a ação pública condicionada à representação da vítima. Veja a ementa da decisão que será a seguir analisada:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL LEVE. LEI MARIA DA PENHA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95. RESTRIÇÃO. INSTITUTO DESPENALIZADORES.

I – A intenção do legislador ao afastar a aplicação da Lei n.º 9.099/95, por intermédio do art. 41 da Lei Maria da Penha, restringiu-se, tão somente, à aplicação de seus institutos específicos despenalizadores – acordo civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

II – A ação penal, no crime de lesão corporal leve, ainda que praticado contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, continua sujeita à representação da ofendida, que poderá se retratar nos termos e condições estabelecidos no art. 16 da Lei n.º 11.340/06 (Precedentes).

III – O art. 16 da Lei n.º 11.340/06 autoriza o magistrado aferir, diante do caso concreto, acerca da real espontaneidade do ato de retratação da vítima, sendo que, em se constatando razões outras a motivar o desinteresse da ofendida no prosseguimento da ação penal, desde que demonstrado, nos autos, que agiu privada de sua liberdade de escolha, por ingerência ou coação do agressor.

Ordem concedida.¹⁰³

Neste *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria, concedeu a ordem. Os Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Ministro Felix Fischer e a Ministra Laurita Vaz votou pela denegação da ordem, sendo voto vencido.

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O denunciado incorreu no delito de lesão corporal leve contra a mulher no âmbito doméstico e familiar e durante a audiência de justificação, a ofendida manifestou seu desinteresse em prosseguir a ação penal; logo o magistrado determinou o arquivamento do feito.

¹⁰³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 137.620/DF, Relator Felix Fischer, julgado em 08/09/2009, DJe 16/11/2009.

O ilustre Membro do Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito e a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios cassou a decisão proferida em primeira instância.

Não satisfeito o impetrante sustentou que a ação penal, no caso descrito, tem natureza pública condicionada à representação da ofendida, portanto falta, na questão, condição de procedibilidade, a representação da vítima.

O Ministro Relator do habeas corpus em análise entendeu que a Lei Maria da Penha aponta que a intenção do legislador não foi afastar a representação da ofendida como condição de procedibilidade para a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.¹⁰⁴

Felix Fischer ressalta que no artigo 13 da Lei n.º 11.340/2006 está expressa a possibilidade de aplicação subsidiária do Código de Processo Penal no processo, julgamento e execução das causas cíveis e criminais.¹⁰⁵

Quanto à retratação da representação, Felix Fischer entende que:

Tal formalidade evidencia a preocupação do legislador em preservar o ato de retratação da ofendida, revelando, assim, a plena compatibilidade da proposta de maior rigor punitivo trazida pela nova lei, com a posição destacada da vítima, que, cercada de maiores garantias, dadas as circunstâncias peculiares em que se encontra, poderá manifestar, com maior segurança, sua vontade acerca da instauração ou não da ação penal. Há, então, preservação da liberdade de escolha, com a redução de eventual ingerência ou de coação.¹⁰⁶

Para o convencimento de que o ideal é a ação penal pública condicionada à representação, o Ministro Relator utiliza da comparação, nos seguintes termos:

Tal exegese nos conduziria ao seguinte paradoxo: se o crime de lesão corporal leve, a ação penal independe de manifestação de vontade da vítima;

¹⁰⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 137.620/DF, Relator Felix Fischer, julgado em 08/09/2009, DJe 16/11/2009.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Ibidem.

porém, tratando-se de crimes mais graves, como o estupro e atentado violento ao pudor, desde que praticados com violência ficta e sendo a vítima pobre, ação penal estaria condicionada à representação da vítima.¹⁰⁷

A grande evidência de que o correto é a dependência de manifestação da vítima, segundo Felix Fischer, é a criação de um mecanismo processual particular para o ato de retratação da ofendida, portanto os artigos 41 e 16 da Lei Maria da Penha devem ser interpretados de forma conjugada e sistemática.¹⁰⁸

O Ministro Relator ainda avalia que o artigo 16 da Lei n.º 11.340/2006 deve ser analisado juntamente com o artigo 4º da mesma Lei, e conseqüentemente, a condição peculiar das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.¹⁰⁹

Ainda a respeito do artigo 16 da Lei de Violência Doméstica diz que a norma autoriza ao magistrado avaliar, diante do caso concreto, a real espontaneidade do ato de retratação da vítima, sendo que poderá desconsiderar a manifestação de vontade e determinar o prosseguimento da ação penal, desde que, demonstrado que a ofendida agiu privada de sua liberdade de escolha, por ingerência ou coação.¹¹⁰

Encerra o voto com a seguinte interpretação:

Assim, consoante as razões expostas, reputo que a melhor exegese a ser dada ao art. 41 da Lei 11.340/06 é de que a intenção do legislador, ao afastar a aplicação da Lei 9.099/95 restringiu-se, tão-somente, aos seus institutos despenalizadores – acordo civil, transação penal, e suspensão condicional do processo, autorizando-se, ainda, ao magistrado condutor do feito, que rejeite ou desconsidere a retratação da ofendida, quando evidenciado que a mesma

¹⁰⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 137.620/DF, Relator Felix Fischer, julgado em 08/09/2009, DJe 16/11/2009.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem.

agiu privada de sua liberdade de escolha, por ingerência ou coação do ofensor.¹¹¹

Depois desta análise, percebe-se que existem bem fundamentados posicionamentos. No entanto, os motivos que envolvem a ação penal pública condicionada à representação mostram-se mais convincentes e mais justificáveis quanto ao real objetivo da Lei.

Então, neste trabalho, pode-se afirmar que a proibição do artigo 16 da Lei 11.340/2006 é quanto à aplicação de prestação pecuniária, especialmente a pena de “cesta básica” ou de substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.¹¹²

A posição majoritária do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é de que os delitos de lesões corporais leves e culposas continuam tendo a natureza jurídica de pública condicionada à representação, os Desembargadores argumentam que o sistema processual brasileiro tem regência da unicidade, ou melhor, não já possibilidade jurídica para o prosseguimento da ação penal, diante da manifestação da vítima perante o juiz de não mais processar o seu agressor.¹¹³

Ainda segundo o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, há a possibilidade da vítima, a qualquer momento, desde que no prazo de seis meses, voltar a exercer o direito de denunciar o ofensor.¹¹⁴

Adriana Ramos de Mello ainda entende que:

A reparação e a prestação de serviços devem ser sempre estimuladas como penalidades aplicadas aos agressores de violência doméstica, pois são medidas que atendem aos interesses da vítima, dos agressores e da comunidade e contribuem para a paz social, ao contrário da pena de prisão, que só embrutece o ser humano e não atinge aos ideais de justiça das

¹¹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 137.620/DF, Relator Felix Fischer, julgado em 08/09/2009, DJe 16/11/2009.

¹¹² MELLO, Adriana Ramos de (Coord.). **Comentários à violência doméstica e familiar contra a mulher**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2007, p. 8.

¹¹³ Disponível em: <<http://nalei.com.br/blog/agressor-domestico-pode-ser-processado-mesmo-contr-a-vontade-da-vitima-605/>>. Acesso em 30 ago. 2010.

¹¹⁴ Ibidem.

vítimas. A pena de prisão deve existir somente para os casos mais graves. Ressaltando que a reparação do dano não deve ser a finalidade principal do Direito Penal, mas sim a educação do criminoso, para que não venha cometer outros delitos. No entanto, a reparação do dano deve ser sempre buscada, a fim de que o agressor seja responsabilizado pelos seus atos.¹¹⁵

O grande argumento que favorece a aplicação da ação penal pública condicionada à representação é o princípio da proporcionalidade, Pedro Rui da Fontoura Porto, utilizando de tal princípio, destaca que:

Invocando o princípio da proporcionalidade, toda essa discussão sobre a faculdade de representação da vítima em delitos de lesões corporais leves praticadas em situação de violência doméstica e familiar parece injustificável quando se coteja tal delito com um estupro cometido com grave ameaça.¹¹⁶

Diante do exposto percebe-se que o tema é controvertido dentro do mesmo Tribunal, visto que primeiramente foi aplicado o entendimento de que a ação seria pública incondicionada e mais recentemente foi entendido que a ação deve ser pública condicionada à representação da vítima. No entanto, entende-se absolutamente acertada a posição pela ação penal pública condicionada à representação e espera-se que passe a ser um importante precedente no próprio Superior Tribunal de Justiça.

3.3 Decisão do Recurso Repetitivo

Por fim cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça decidiu em sede de recurso repetitivo, visando desafogar o Poder Judiciário de inúmeros recursos de causas repetidas, que a ação penal no crime de lesão corporal leve nos casos em que se enquadram a Lei Maria da Penha deve ser processado mediante ação penal pública condicionada à representação.

Mariana Alves diz que a Lei dos Recursos Repetitivos atribui ao Superior Tribunal de Justiça uma missão de uniformizar a interpretação dada às leis

¹¹⁵ MELLO, Adriana Ramos de (Coord.). **Comentários à violência doméstica e familiar contra a mulher**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2007, p. 13.

¹¹⁶ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

infraconstitucionais¹¹⁷. E mais terão força vinculativa em relação à matéria firmada na decisão, o que incontestavelmente tornará o processo mais célere.¹¹⁸

Mesmo avaliando grande parte de juristas a favor do processamento mediante ação penal pública incondicionada, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 24/02/2010, e em razão dos diversos recursos que chegam ao STJ sobre esse ponto da Lei, decidiu que o Ministério Público só pode propor ação penal nos casos de lesões corporais de natureza leve decorrentes de violência doméstica se a vítima fizer uma representação¹¹⁹. Veja a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA . CRIME DE LESÃO COPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA.

1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito domésticos e familiar, é pública condicionada à representação da vítima.

2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/1995, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras.

3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada.

4. Recurso Especial improvido.¹²⁰

Neste recurso especial o recorrente alegou ofensa aos artigos 13, 16 e 41 da Lei Maria da Penha, artigo 88 da Lei de Juizados Especiais, artigos 38 e 43, III do Código de Processo Penal e artigos 100 e 129, §9º do Código Penal. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios decidiu que a ação penal no caso de crime do artigo 129, §9º do Código

¹¹⁷ Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas_ver.php?idConteudo=63796>. Acesso em 01 set. 2010.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça – a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 156.

¹²⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1.097.042/DF, Relator Jorge Mussi, julgado em 24/02/2010, DJe 21/05/2010.

Penal necessita de representação da vítima. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios apelou no sentido que este crime processa-se mediante ação penal pública incondicionada.

No voto vencedor, o Ministro Jorge Mussi reconhece a razão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios quando este extinguiu a punibilidade do réu em razão da ausência da condição de procedibilidade da ação penal, tal seja, representação da ofendida.¹²¹

O voto segue o entendimento de que o artigo 41 da Lei Maria da Penha visa restringir a aplicação da Lei dos Juizados Especiais somente no tocante à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras aos delitos cometidos com violência doméstica contra a mulher¹²². Insiste no pensamento de que o legislador não quis afastar o instituto da representação.¹²³

Jorge Mussi compreende o artigo 12 da Lei n.º 11.340/2006 da seguinte forma: “No art. 12, inciso I, determinou que a autoridade policial, ao fazer o registro de ocorrência em casos de violência doméstica, tome por termo a representação da vítima, se apresentada; logo, esta pode, ou não, ser oferecida pela ofendida”.¹²⁴

Salienta em seu voto, questão bastante relevante, que a adoção da ação penal pública incondicionada traria consequências que em algumas vezes poderia ser a não desejada pela ofendida, pois se houver reconciliação entre agressor e ofendida, o prosseguimento da ação penal acarretará sofrimento a toda família.¹²⁵

Nesta mesma linha dispõe Maria Berenice Dias:

Não há como pretender que prossiga a ação penal depois de o juiz ter obtido a reconciliação do casal ou ter homologado a separação com definição de

¹²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1097042/DF, Relator Jorge Mussi, julgado em 24/02/2010, DJe 21/05/2010.

¹²² Ibidem.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ Ibidem.

alimentos, partilha de bens e guarda de filhos e visitas. A possibilidade de trancamento do inquérito policial em muito facilitará a composição dos conflitos envolvendo as questões de Direito das Famílias, que são bem mais relevantes do que a imposição de uma pena criminal ao agressor. A possibilidade de dispor da representação revela formas através das quais as mulheres podem exercer poder na relação com os companheiros. Há um argumento que precisa ser considerado. A vítima tem enorme dificuldade de denunciar um ente amado com quem convive, que é o pai de seus filhos e provê o sustento da família. Quando consegue chegar a uma delegacia para registrar a ocorrência, vai buscar auxílio para que a paz volte a reinar na sua casa. Não tem o desejo de se separar e nem quer que seu cônjuge ou companheiro seja preso, só quer que ele pare de agredi-la. A denúncia na delegacia e a busca do apoio do Poder Judiciário são os recursos encontrados pelas mulheres para fazer cessar períodos de agressão contínua. A condenação criminal, na grande maioria dos casos, não é a intenção da vítima. Ora, se a mulher souber que necessariamente ele será processado, havendo a possibilidade de ser levado para a cadeia, é capaz de desistir. Tal irá inibir a denúncia e a violência doméstica continuará envolta em silêncio e medo. Legislações muito rígidas desestimulam as mulheres agredidas a denunciarem seus agressores e registrarem suas queixas. Sempre que o companheiro ou o esposo é o único provedor da família, o medo de sua prisão e condenação a uma pena privativa de liberdade acaba por contribuir para a impunidade.¹²⁶

O relator para o Acórdão compara o caso de um crime de estupro que é muito mais grave e que necessita de representação; então, não seria razoável o crime de lesão corporal leve não ter a representação como condição de procedibilidade¹²⁷. No voto do Ministro Nilson Naves também é cita essa comparação.

O excelentíssimo Ministro entende que a melhor interpretação, apesar de não ser pacífico na doutrina e na jurisprudência, cuida-se de ação penal pública condicionada. Assim, a vítima deve exercer a sua discricionariedade e avaliar se realmente deseja mover ação penal contra seu agressor e que caso a ofendida queira retratar-se, o magistrado terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação, uma vez que deve ser realizada em audiência designada para esse fim e ouvido o Ministério Público.¹²⁸

O Ministro Celso Limongi, que votou da mesma maneira que Jorge Mussi, levanta a questão de que o melhor do que a pena de prisão seria soluções alternativas:

¹²⁶ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça**. São Paulo: RT, 2007, p. 124.

¹²⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1097042/DF, Relator Jorge Mussi, julgado em 24/02/2010, DJe 21/05/2010.

¹²⁸ Ibidem.

Não há uma prevenção direta com o nosso trabalho. Por isso, é que ainda seria melhor do que a lei penal a existência de programas que possam educar, trazer soluções alternativas, sempre na tendência da humanização do Direito Penal e sempre levando em consideração que, até no Direito Extrapenal, existem soluções diferentes da imposição de pena ou de sanções no processo no Direito Extrapenal.¹²⁹

Quanto a questão acima citada Nilson Naves relembra o papel subsidiário do Direito Penal de que a pena só deve ser aplicada quando impossível obter-se o fim esperado por meio de outras medidas menos gravosas.¹³⁰

Tal decisão da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça cessa as discussões acerca da natureza da ação penal, uma vez que este trabalho posiciona-se da mesma maneira que a decisão recente do Superior Tribunal de Justiça e que visa a uniformização do entendimento dos Tribunais.

¹²⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1097042/DF, Relator Jorge Mussi, julgado em 24/02/2010, DJe 21/05/2010..

¹³⁰ Ibidem.

CONCLUSÃO

Apesar do que a maioria da doutrina ensina, a posição mais acertada é a que privilegia a flexibilidade, a que utiliza do princípio da proporcionalidade, ou seja, processa-se o crime de lesão corporal leve contra mulher no âmbito doméstico e familiar mediante ação penal pública condicionada à representação.

O posicionamento pela ação penal pública condicionada à representação é a mais adequada, pois o processamento do ofensor, mesmo contra a vontade da vítima, não é a melhor solução para as famílias que convivem com o problema da violência doméstica. Outras medidas como a própria conscientização, proteção às vítimas e o acompanhamento multidisciplinar são medidas jurídicas mais apropriadas para tratamento de casos de violência doméstica e familiar.

A renúncia à retratação, assim como a lei, é perfeitamente cabível nos casos de lesão corporal leve no âmbito doméstico e familiar, uma vez que a jurisprudência decidiu pela ação penal pública condicionada à representação; e, sobretudo por estar prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha a possibilidade de retratação da representação na presença do magistrado e antes do oferecimento da denúncia. Então, encerra-se, também a discussão acerca deste ponto.

Conclui-se que essa posição melhor se harmoniza com a nova lei, tanto permitindo a conciliação de inúmeros lares como pela própria interpretação dos dispositivos trazidos pela Lei. A ação penal pública condicionada à representação propicia à vítima escolher pela intervenção ou não do Estado na relação doméstica e familiar. O que a Lei quis afastar foram os institutos despenalizadores e obviamente a dependência de representação para o processamento do feito não tem caráter despenalizador, mas sim uma condição de procedibilidade que visa privilegiar a pessoa e a própria vontade da vítima, não deixando o Estado funcionar como uma “máquina” e enchendo o Judiciário de causas passíveis de reconciliação.

Pelo artigo 4º da Lei n. 11.340/2006 permite-se concluir, também, que o crime de lesão corporal leve contra a mulher no âmbito doméstico e familiar deve ser processado por meio de ação penal pública condicionada à representação, uma vez que pelos fins sociais a que a lei se destina uma mulher deve ter chance de perdoar o homem, restabelecendo o lar familiar, ou seja, a nova Lei não pode simplesmente vedar as possibilidades de reconciliação. Então a lei confere ao magistrado a faculdade de, ao julgar, libertar-se das algemas do texto legal, podendo empregar, ao seu prudente arbítrio, um julgamento imparcial e adequado com as necessidades demonstradas no caso concreto.

É importante esclarecer que, para este trabalho, basta a manifestação inequívoca de vontade da ofendida, por exemplo, a vítima ir à delegacia, fazer um exame de corpo de delito, entre outras manifestações.

Por meio da ação penal pública incondicionada seria uma espécie de perpetuação da desestrutura do núcleo familiar.

Finda a discussão deste trabalho com o entendimento semelhante ao decidido recentemente pelos tribunais brasileiros e com posições equivalentes a juristas como Damásio de Jesus e Maria Berenice Dias.

O melhor é esperar uma decisão pacificada dos tribunais brasileiros, mas enquanto isso não se pode desvincular do real objetivo da Lei, qual seja coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal parte geral 1**, São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça – a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **A Lei Maria da Penha na justiça**. São Paulo: RT, 2007.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8965>>. Acesso em 30 ago. 2010.

Disponível em: <<http://nalei.com.br/blog/agressor-domestico-pode-ser-processado-mesmo-contra-a-vontade-da-vitima-605/>>. Acesso em 30 ago. 2010.

Disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas_ver.php?idConteudo=63796>. Acesso em 01 set. 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009, v.1.

_____. **Tratado de direito penal parte geral 1**, São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio de. Da exigência de Representação da Ação Penal Pública por Crime de Lesão Corporal Resultante de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher. <http://www.estritorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=7248&>. Acesso em: 01 set. 2010.

_____. Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante da violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006). **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 13, ano III, Porto Alegre: ago.-set. 2006, Magister.

_____. **Direito penal – parte geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1.

KUMPEL, Vitor Frederico e SOUZA, Luiz Antônio de. **Violência doméstica e familiar contra a mulher – Lei 11.340/2006**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2008.

LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Coord.). **Violência doméstica vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Adriana Ramos de (Coord.). **Comentários à violência doméstica e familiar contra a mulher**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, v.1, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PARODI, Ana Cecília e GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria da Penha comentários à lei 11.340/2006**. Campinas/SP: Russel, 2009.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, v. 1.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal – parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, HC 137.620/DF, Relator Felix Fischer, julgado em 08/09/2009, DJe 16/11/2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1.050.276, Relator Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23/09/2008, DJe 24/11/2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1.097.042/DF, Relator Jorge Mussi, julgado em 24/02/2010, DJe 21/05/2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Forense, 2006, v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Atlas, 2000, v. 1.

_____. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.